

MOTIVACION DE SENTENCIA -Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos – 11/10/2011 -

Abuso Sexual por penetración carnal por la participación de dos personas y la muerte de la Víctima – Examen jurídico casatorio y justicia intrínseca del caso: Análisis de validez y subsistencia de la sentencia en crisis – Vicios esenciales en la fundamentación señalados por la defensa más allá de las deficiencias técnicas del recurso (S.T.J.E.R., Sala Penal, 3/11/99, in re: "GARCÍA") - Ausencia de andamiaje argumental que demuestre la autoría y mecánica operativa con división de tareas atribuida a los acusados – Fallida referencia a declaración indagatoria brindada en sede instructoria no oralizada en el debate - Respeto y observancia de las garantías constitucionales aún en caso de "delito atroz"- Insolvencia del soporte fáctico sobre el cual se estructura la decisión condenatoria – Nulidad - Reenvío -

"BORDON, Adolfo Roberto - MAIDANA, Carlos Aníbal s/Abuso Sexual por Penetración Carnal por la participación de dos Personas y la Muerte de la Víctima - S/RECURSO DE CASACIÓN"

[Expte. Nº 4030 – Año - Jurisd.: Cámara en lo Criminal - Sala Segunda - Paraná]

///-CUERDO:

En la Ciudad de **Paraná**, Capital de la Provincia de **Entre Ríos**, a los **once** días del mes de **octubre** del año **dos mil once**, reunidos los señores miembros de la **Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia**, a saber: Presidente **Dr. DANIEL OMAR CARUBIA**, y Vocales, **Dres. CARLOS A. CHIARA DIAZ** y **CLAUDIA MIZAWAK**, asistidos por el Secretario autorizante, **Dr. Rubén A. Chaia**, fue traída para resolver la causa caratulada: **"BORDON, Adolfo Roberto - MAIDANA, Carlos Aníbal s/Abuso Sexual por penetración carnal por la participación de dos personas y la muerte de la Víctima - S/RECURSO DE CASACIÓN".-**

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **Dres. CHIARA DÍAZ, CARUBIA** y **MIZAWAK**.

Estudiados los autos, la Excm. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos a fojas 686/689 vta. por la Dra. LUCRECIA SABELLA, defensora del imputado CARLOS ANÍBAL MAIDANA, y fs. 690/693 por el Dr. LUIS PEDEMONTE, defensor técnico del imputado ADOLFO ROBERTO BORDON, contra la sentencia de fs. 663/684 vta.?

SEGUNDA CUESTION: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHIARA DÍAZ, DIJO:

I.- Por sentencia de fecha **18 de mayo de 2011** la Sala Segunda de la Exma. Cámara Primera del Crimen de esta ciudad, **CONDENÓ** a **ADOLFO ROBERTO BORDÓN** y **CARLOS ANÍBAL MAIDANA**, como autores materiales y responsables del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el concurso de dos personas y la muerte de la víctima, imponiéndoles pena de prisión perpetua y accesorias legales (arts. 5, 12, 40, 41 y 119, 3er párrafo, inc. d, y 124 del C.P.).-

II.- Contra esa decisión condenatoria, la Dra. **LUCRECIA SABELLA** interpone a fojas 686/689 vta., recurso de casación en ejercicio de la defensa técnica del imputado MAIDANA, por considerar que la sentencia es nula al haberse basado en prueba ilegalmente incorporada y por fundarse en la declaración indagatoria de MAIDANA prestada en sede instructoria la cual no fue incorporada al debate y que la única que debe admitirse es la que su defendido prestó en el contradictorio. Sostiene además que el Tribunal realizó una escasa, incompleta, errónea y arbitraria valoración del cuadro probatorio, transformándola en un acto arbitrario, infundado y absurdo en razón de faltarle fundamentación suficiente.

II. 1- Sostiene que si bien nadie discute la materialidad del hecho, no se logró arribar a un estado de certeza respecto de la autoría y que se terminó construyendo una sentencia que arriba a una supuesta verdad en base a falsas premisas. Critica a los jueces de grado en cuanto después de enumerar la prueba colectada, manifiesta tener por acreditado tanto el hecho como la autoría sin que hasta ese momento se hayan valorado los medios de mención. También critica a la sentencia porque da por seguro que del protocolo de autopsia surge que el abuso se dio antes de los politraumatismos que le provocaron la muerte y que ello no es correcto porque el informe médico legal reza que la efracción de la mucosa pudo ser provocada probablemente por la introducción de algún elemento duro compatible con el pene humano y que de ello debe deducirse en realidad que la violación no se encuentra probada con grado de certeza ya que la penetración pudo haber sido hecha con cualquier elemento e incluso con consentimiento. Refiere agraviarse cuando la sentencia considera que no hubo terceros participando no obstante advertirse reticencia en algunos testigos lo que puede obedecer a miedo o también por ocultar datos por ellos conocidos.

II. 2- A continuación sostiene que la cuestión central de sus agravios radica en el pedido formulado solicitando la exclusión del acta de secuestro que luce a fojas 07 y del allanamiento obrante a fojas 26 de autos - respecto de las cuales la sentencia mezcla los testigos- en razón de haberse adherido a la postura del Ministerio Fiscal -pone de resalto las irregularidades que a su criterio surgen manifiestas- no obstante lo cual el sentenciante la considera en sus valoraciones. Transcribe cuatro párrafos del resolutorio atacado relacionados con el secuestro y peritaje del short verde y el pantalón verde largo

de vestir que pertenecía a la víctima, sosteniendo que resultan inentendibles salvo que se hubiese confundido un elemento secuestrado con el otro.

II. 3- Por último expresa como agravio que la sentencia utilizó la primera indagatoria prestada por MAIDANA pese a que la misma fue rectificadora por el encartado en el debate y que si no le pareció creíble ésta última, debió desecharla. Que por el contrario, tomó parte de cada una. Sostiene que MAIDANA no contó con una defensa efectiva. Solicita la anulación del pronunciamiento de grado. Hace reserva del "caso federal" y de arribar a tribunales internacionales.

III.- El defensor técnico del encartado BORDON, Dr. **LUIS PEDEMONTE**, a fojas 690/693 interpone también recurso casatorio contra el pronunciamiento de fojas 663/684 vta., expresando como agravio la vulneración del derecho de defensa en razón de haberse valorado como prueba de cargo esencial contra su pupilo, la declaración en sede instructoria del co-imputado, sin que la misma haya sido incorporada por lectura al debate y sin que MAIDANA lo haya incriminado durante el contradictorio. Afirma que la sentencia carece de factores externos que permitan aseverar con certeza la intervención de su defendido en los hechos de la causa. Sostiene que se ha afectado la garantía de contradicción por haberse tomado como prueba de cargo una declaración no incorporada al juicio y que por tal razón no pudo ser contradicha por su defendido.

III. 1- Señala las circunstancias que emergieron de la prueba reunida que beneficiaron a su defendido, en primer término, no haberse secuestrado ningún elemento que lo incrimine. En segundo lugar, por no existir ninguna referencia en la sentencia en relación a la autoría de BORDON, salvo la credibilidad subjetiva de una declaración indagatoria del co-imputado no incorporada al debate. En tercer lugar, haber pasado la noche en el domicilio en contraposición con la idea incriminatoria de haberse alejado del lugar. En cuarto término, que el padre de MAIDANA también estuvo en la finca donde ocurrió el hecho pese a lo cual no fue incluido como sospechoso y por último el informe pericial considerado indicio en su contra cuando fue el producto de una sola entrevista de veinte minutos de duración. Sostiene que BORDON al momento de la detención, no presentaba rastros de haber participado en el hecho delictivo, que las pruebas son insuficientes y la investigación deficiente.

III. 2- Refiere que la sentencia incurre en una afectación clara del principio acusatorio porque funda su condena en una argumentación esencialmente distinta a la sostenida por la Fiscalía, en alusión a la prueba excluida por este órgano. Concluye sosteniendo que no existe en la sentencia razón suficiente para demostrar con certeza la autoría de BORDON. Hace reserva del "caso federal".

IV.- Concedidos los recursos, los recurrentes hacen saber a fojas 712 y 713 que no podrán concurrir a la audiencia y solicitan se haga lugar a los reclamos, manteniendo la reserva del "caso federal". Seguidamente, a fojas 714/715, se celebra la audiencia reglamentada por el art. 486 del C.P.P.,

concurriendo a la misma el señor Procurador General de la Provincia, Dr. **JORGE A. L. GARCÍA**.

IV. 1- Con la palabra, el Sr. Procurador manifestó que los recursos resultan improcedentes a la hora de conmovir la sólida sentencia recaída en autos, la que resulta una derivación de los hechos y del derecho aplicable. Sostiene que la defensa no se opuso a la incorporación de pruebas al debate, que es una cuestión de mérito y no de nulidad.

IV. 2 - A continuación señala respecto de la garantía de defensa efectiva, que si se la lleva al análisis, es una especie de bumerang en donde la propia Defensa queda en situación de ser enjuiciada por no haber realizado la defensa efectiva, tal cual sucedió en "IBARRA". Refiere que una postura de esa naturaleza lleva a pensar en que para algunos los imputados no son personas sino objetos, como si se tratara de monos descompuestos que deberían ser pasibles de medidas de seguridad, que se les debe reconocer la posibilidad de hombres racionales o en su defecto que son seres determinados antropológicamente, los cuales tienen que ser tratados por medio de la neurociencia.

IV. 3- Manifiesta que el tema está detrás de la idea de que una persona, con consejo de un abogado, no puede pensar qué es lo más favorable para su estrategia. O bien, que sólo es válida la declaración realizada en tercer lugar por MAIDANA, la que sería fruto, según los términos del imputado, de coacción, con complicidad de los jueces, fiscales y defensores anteriores, lo que es realmente un absurdo. Continúa afirmando que hay otro tema central, relativo a la posición de garante de los defensores, que no deben admitir cualquier juego de sus defendidos y deben ponerle racionalidad, sin aceptar que los acusados les hagan decir cualquier cosa, incluso que enloden al defensor anterior, eso se les puede volver en contra, por ejemplo, que alguien diga que no defendieron a sus clientes por no haber venido a esta audiencia. Afirma que los defensores no deben respaldar cualquier dicho, deben mantenerse en una línea de juego limpio. El occiso venía como un apaleado, pero los médicos en la autopsia descubren que ha sido violado. La policía no sabía eso, por ello es falso que haya sido apremiado MAIDANA para confesar. Entiende que si la defensa considera que sería mejor no confesar, no quiere decir que las personas que intervinieron antes sean "cómplices" de apremios.

IV. 4- Volviendo a la sentencia destaca que de la misma se desprende claramente el tipo de lesiones que presentaba la víctima, como también que estaban en sintonía con el palo que fue secuestrado, que se astilló por los golpes, habiéndosele destrozado el hígado y el riñón como producto de las patadas. Todo ello fue acompañado por la prueba testimonial de LOPEZ, HERMOCID, y del mismo padre de MAIDANA, dando origen a un contexto abrumador de pruebas que permite comprobar la materialidad del hecho y la autoría culpable de los enjuiciados.

IV. 5- En cuanto al allanamiento cuestionado, entiende que no afecta la validez que el padre hubiera dicho que el pantalón era del hijo, porque ya existía la posibilidad de ingresar y secuestrar todo. Refiere que en los

casos "MONTICHELLI", "FIORENTINO" y "FRANCOMANO", no había una orden de allanamiento pero que en la presente causa sí existía y de modo legítimo, que el relato de los detalles de la golpiza, la violación y la muerte en coautoría fueron aportados por la autopsia. Afirma que la calificación legal es correcta, es la menos gravosa para el imputado porque podría haber sido agravada triplemente: alevosía, concurso de dos o más personas y criminis causae, aunque el fallo no lo calificó por alevosía. Refiere que la violación no es un delito de propia mano, los dos imputados son coautores. Solicita el rechazo de los recursos y la confirmación del fallo bajo análisis.

V.- Reseñadas así las posturas de cada parte me encaminaré al análisis de los temas que se trajeron a consideración, destacando que los recurrentes circunscriben su planteos de nulidad considerando que la sentencia adolece de motivación contradictoria por estar fundada en actos nulos y prueba no incorporada legalmente al debate, **en lo cual no coincido porque estamos en presencia de una decisión jurisdiccional donde se han explicitado las razones de la decisión jurisdiccional cuestionada, en una urdimbre argumental que trasunta la expresión de la inmediatez de los sentenciantes con los elementos probatorios y lo expuesto por los instituidos, sin verificarse las viciosidades endilgadas.**

V. 1- Comenzaré en concreto por la cuestión planteada por la Dra. SABELLA referida a la incorporación del secuestro de una prenda de vestir que habría sido utilizada por el imputado MAIDANA -un short verde-, respecto de la cual el Ministerio Fiscal manifestó al comienzo del debate que prescindiría de la misma junto a un informe químico, por considerar que le era suficiente el resto de las probanzas para determinar el hecho, estando la defensa de acuerdo al respecto.

V. 2- Entiendo que no existe posibilidad de interpretar de manera distinta a lo que el Sr. Procurador General expuso ante esta Sala, en el sentido de que no se trata de una cuestión que comprometa la nulidad de un medio de prueba sino que tales elementos objetivos no serían tenidos en cuenta por la fiscalía para el mérito final de la causa sin que en ningún momento se haya reclamado un pronunciamiento sobre su validez. Por otro lado la prueba ya había sido incorporada en el momento procesal correspondiente sin objeciones de las partes, razón por la cual su inclusión en el análisis del sentenciante es totalmente válida y la importancia que le haya dado como basamento de la decisión resulta absolutamente legítima y está motivada, no dándose tampoco la imposibilidad del método acusatorio -aún no vigente en toda la Provincia- porque dicha probanza no fue propuesta por los sentenciantes y podía ser valorada de acuerdo al principio de la utilidad integral de lo investigado.

Además no hay nada que impida a los jueces apartarse del razonamiento fiscal acerca de la ritualidad de las pruebas, asignándole otro significado diferente.

V. 3- La otra cuestión surgida del mismo efecto secuestrado se vincula a una supuesta indicación dada por el padre del encartado MAIDANA sobre la pertenencia de la misma prenda de vestir comentada en los párrafos

anteriores y que ello quedaría abarcado por la prohibición reglamentada por el artículo 242 del C.P.P. Habiéndome impuesto del contenido de las actas que motivan el reclamo, no advierto en ellas ni en ninguna otra pieza del expediente, expresión semejante referida a la intervención del testigo señalando al personal policial cuestiones que merezcan un planteo de esa naturaleza, por lo cual cuadra desechar también este planteo.

V. 4- El Oficial de Policía que instruyó el procedimiento dejó constancia de haber ingresado a una habitación y que en la cama "... *más precisamente la utilizada por el hijo del propietario debajo del colchón se aprecia un short de color verde ...*" (confr. fs. 26 y vta. y su transcripción de fs. 28). No encuentro motivos para dar curso a la queja planteada pero no solo por que no surge de la formalidad del acta, sino porque en el marco del procedimiento legítimamente ordenado en el domicilio donde residía MAIDANA, el personal policial tenía facultad para secuestrar todo lo que fuera de utilidad para el esclarecimiento de la causa, estando ya sospechado aquel como posible autor del hecho. No hay entonces defectuosidad invalidante.

V. 5- Por otro lado, la protección que el código procesal realiza con la finalidad de no entorpecer la cohesión familiar se vincula solo y exclusivamente a las declaraciones testimoniales formalizadas bajo juramento en el sentido que expresa la ley (art. 249 del C.P.P.). En consecuencia toda otra cuestión que pueda ser tenida como indicativa entre parientes en el grado de prohibición, queda excluida de ésta sino se da en el ámbito formal instrumentado conforme la reglamentación prevista en el capítulo correspondiente de la ley procesal, siendo inaudible lo argumentado al respecto.

V. 6- En cuanto a la crítica sostenida por la Dra. Sabella y señalada también por el Defensor de BORDON relativa a la valoración hecha por el Tribunal de la indagatoria prestada en sede instructoria por MAIDANA sin introducirla por lectura al debate, entiendo que vale reconocer el mérito de su consideración desde el momento en que el encartado cambió radicalmente el relato de los hechos en el marco de una obvia estrategia defensiva destinada a desdibujar todo el trabajo jurisdiccional previo en el afán de obtener un estado de duda que lo beneficie. No había pues necesidad de introducir dicha pieza antes o después de la declaración porque con su actitud de modificar lo versionado instruccionalmente aquello era viable respecto de MAIDANA.

Aquí cuadra recordar la exposición del Sr. Procurador General cuando se refirió a este punto de agravio, concretamente a la argumentación utilizada por los defensores acerca de una supuesta falta de defensa efectiva como medio justificativo para introducir nuevas cuestiones que obligarían a dar vuelta atrás respecto de la participación de los encartados en relación a los hechos.

Considero que se trata, en primer lugar, de una falta a la ética profesional desmedrar la labor técnica desarrollada por otros letrados por el solo hecho de haber trazado un camino distinto para dirigir un asunto relacionado con la defensa en juicio, y en segundo término, no pueden los abogados dejarse enredar en los andariveles de sus defendidos, apoyando

cualquier mutación de los sucesos sin el riesgo de caer ellos mismos en cuestiones que involucren su responsabilidad en el ejercicio de la profesión.

El límite del ministerio de la defensa es el consejo profesional y la asistencia técnica. Luego, en el desarrollo de la audiencia, el ejercicio de la defensa material le corresponde solo y exclusivamente a su único titular, el imputado. Por ello desmerecer a quienes han intervenido con anterioridad por utilizar una estrategia diferente y que se descalifica, no significa que no haya existido una defensa técnica en esa fase del proceso, aunque con otros matices y perspectivas.

V. 7- Ahora analizaré el tema criticado por ambos defensores referido a la autoría y participación de los imputados, el cual si bien ha sido abordado de diferente manera por los letrados, amerita su tratamiento en un mismo punto por estar involucrados diversos aspectos procesales respecto de la prueba y su interpretación crítica y dogmática.

En cuanto a la intervención de BORDÓN en el marco del objeto procesal, vale lo dicho en los párrafos precedentes al referirme a la consideración hecha por el Tribunal desde el momento en que MAIDANA varía sin explicaciones atendibles el contenido de su descargo a una situación fáctica absolutamente distinta a la sostenida en sede instructoria, cuyas obvias razones ya fueron expuestas para desecharlas.

No habiendo tenido éxito tal conversión propuesta en el debate, la imputación debía correr -y así surge evidente del contenido de la sentencia- tal como venía expuesta en el requerimiento fiscal de elevación (fs.438/444/vta.), continuándose con el análisis de la prueba colectada en base a aquella hipótesis delictual, cuyo contenido material y dogmático nunca fue objeto de queja alguna por parte de los señores defensores, pese al intento extemporáneo del defensor técnico de BORDON (fs.448 y vta.) .

En consecuencia, no se comprende la razón de la crítica levantada contra aquel razonamiento salvo las intenciones desincriminatorias comentadas en párrafos anteriores, no siendo correcto en este aspecto, considerar arbitraria la decisión del sentenciante toda vez que la situación fáctica del hecho venía ínsita en la pieza acusatoria la cual arrastraba la intervención conjunta de BORDON y MAIDANA como partícipes del relato elevado a juicio.

En ese marco fáctico también se integraba la función que a cada actor le tocó en el desarrollo del evento criminoso, tomándose como referencia la versión relatada por MAIDANA en sede instructoria, donde dio cuenta con detalles de las supuestas razones de índole místico que llevaron a BORDON a ejecutar las tremendas agresiones y el abuso sexual, colocándose aquel como utilizado a esos fines (fs.106/107/vta.), sin verificarse razones objetivas que enerven o eliminen esa posibilidad real de haber querido conducir su decisión en contrario, surgiendo claramente ello de la construcción argumental de la sentencia atacada.

Precisamente aquella distribución de tareas en la comisión del hecho que terminó con la muerte de CARDOZO se dió por corroborada y se concretó tal como lo exponen los sentenciantes, entre otros elementos con el

informe autopsico elaborado por el Departamento Médico, donde días después de ser indagados los sospechosos, se estableció sin dudas que efectivamente la víctima fué accedida analmente, justificándose así la certeza expresada en la sentencia sobre el particular, dado que los actos comisivos fueron tal cual los relató el encartado MAIDANA en la instrucción formal sin que quedara explicada y fuera convincente su modificación ulterior en el debate, por lo cual los jueces de grado no la tuvieron en cuenta, estimándola paradójicamente y por esas circunstancias de menor valor con relación a las manifestaciones vertidas en la fase de instrucción escrita.

La sentencia también abona ese razonamiento con el hecho significativo de la presencia indiscutida de BORDON la noche trágica en el domicilio de los MAIDANA, siendo extravagante y sin sustento lo argumentado sobre la intervención de una tercera persona en el sentido pretendido por los letrados de la defensa, tanto por la hora como por el desarrollo de los acontecimientos a la mañana siguiente, según el relato de los demás testigos que indicaron el sobresalto advertido en el padre del encartado cuando descubrió el cuerpo de la víctima tirada en el piso de la finca.

V. 8- Otro elemento vehemente que se adiciona cargosamente por el sentenciante para dar por ciertos los hechos y la responsabilidad autoral atribuidos, es la existencia acreditada y no negada por nadie de antígeno prostático en el pantalón corto perteneciente al condenado MAIDANA, respecto del cual y sin afirmar que sea prueba de haber aquél mantenido las relaciones sexuales, sirve si a fin de tener por cierta su presencia dentro del contexto probatorio que le permitió inferir al Tribunal la existencia del abuso y en ese camino argumental comprobar su comisión al momento que se propinaba la feroz paliza, sin ser determinante el detalle marcado acerca de la confusión incurrida con el pantalón largo de color verde, también secuestrado en autos, porque en este último no aparecieron esas secuelas.

V. 9- Quedo convencido que la sentencia ha realizado un enorme esfuerzo para arribar a una argumentación concatenada para reconstruir genuinamente el factum, tomando cada uno de los elementos probatorios producidos a lo largo del proceso y uniéndolos a los indicios, cuya fuerza y trascendencia se expuso con claridad, construyendo los fundamentos motivantes de la condena por un hecho espeluznante, donde se infligió a la víctima una violencia inusitada y sin que aparecieran las razones determinantes, al igual que respecto del abuso sexual consumado, no pudiéndose determinar si ese fue el móvil principal o si ello ocurrió dentro del afán de dañar sobremanera la integridad de aquella, la cual no parece haber tenido oportunidad de reacción o defensa.

V. 10- De cualquier modo la pena impuesta permanece inalterable si se da por comprobada la alevosía desplegada en la modalidad de comisión y el resultado agravante indiscutiblemente previsible para los autores, quienes actuaron de manera convergente y con codominio de su ejecución y resultado.

VI.- Siendo así, no encuentro suficientemente acreditados los agravios expuestos por los defensores, los cuales giran alrededor de los vicios y defectos de fundamentación endilgados, sin presentarse entonces las deficiencias invalidantes que han propuesto en sus discursos, por lo cual propicio el rechazo de los recursos de casación articulados y la confirmación del pronunciamiento jurisdiccional atacado.

Así voto.-

El Señor Vocal, **Dr. CARUBIA**, a la cuestión propuesta, dijo:

I.- Los antecedentes del caso y las posturas argumentales de las defensas recurrentes y del Ministerio Público Fiscal han sido suficientemente reseñadas por el señor Vocal ponente en los puntos **Ia IV** de su voto precedente y, a fin de evitar innecesarias reiteraciones, me remitiré -en este aspecto- a lo allí consignado e ingresaré directamente a desarrollar los motivos de mi voto a la cuestión propuesta.-

II.- En cumplimiento de tal cometido, debo anticipar que no comparto el criterio expresado en el voto que antecede ni la conclusión a la que arriba el colega preopinante, toda vez que el examen de las constancias de la causa me lleva a proponer una solución diferente para el caso.-

En ese orden de ideas y verificándose cuestionada la validez del fallo recurrido, en tanto ambos recurrentes le atribuyen incurrir en el vicio formal de carencia de motivación racional, corresponde tratar, en primer término, esta alternativa.-

***Más allá de las deficiencias que en este aspecto pueden exhibir los recursos articulados, se ha señalado -mucho antes aún que la apertura provocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso "CASAL" (20/9/05, Causa: C. 1757. XL.)- que el Tribunal de Casación no sólo aparece habilitado para estudiar, previo a cualquier examen de la sentencia en crisis, su validez y subsistencia como tal, sino que, además, debe inexorablemente hacerlo, a efectos de evitar caer en inconducentes ritualismos que divorcien por completo el examen jurídico casatorio de la justicia intrínseca del caso (cfme.: S.T.J.E.R., Sala Penal, 3/11/99, in re: "GARCÍA").-

Además, como reiteradamente se ha sostenido desde esta Casación (cftr.: S.T.J.E.R., Sala Penal, in rebus: "RACIG", 2/6/97, L.S. 1997, fº 207; "JACOB", 11/6/97, L.S. 1997, fº 219; "ENCINAS c/ELIZALDE", 21/2/01; "ASSI", 21/5/01, entre otros), la motivación de la sentencia es una obligación insoslayable para los integrantes del Poder Judicial republicano, instituida en el carácter de garantía constitucional y consiste en consignar por escrito las razones emitidas en justificación del juicio lógico sentencial, el cual constituye una operación lógico-jurídica fundada en la certeza y en la convicción explícita del juzgador (cfme.: S.T.J.E.R., Sala Penal; 9/3/90, in re: "ALTUNA"; L.S. 1990, T. I, fº 21); en nuestro derecho positivo, esa obligación se impone expresamente a los Jueces o Tribunales sentenciantes a través de la normativa contenida en los arts. 125, 405 y 406 del Cód. Proc. Penal y su incumplimiento fulmina de nulidad el pronunciamiento, conforme lo establece el dispositivo del art. 411, inc. 3º, del mismo cuerpo legal adjetivo, porque no solamente se imposibilita así

al Tribunal de Casación efectuar el control lógico y jurídico del acto jurisdiccional (cfme.: S.T.J.E.R., Sala Penal; 9/3/90, in re "MENACHO"; L.S. 1990, T. I, fº 26) al que está llamado en la vía impugnativa abierta por motivo de vicio *in procedendo* -art. 477, inc. 2º, Cód. Proc. Penal-, sino que, además, de esa forma tampoco se lograría -como bien lo precisa el Tribunal Constitucional español, en fallo del 13/5/87-, «*el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del Derecho libre de arbitrariedades*» (cftr.: S.T.C. 55/87, citado por González-Cuellar Serrano, N.; "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", pág. 141 - nota 1-, Ed. Colex, Madrid, 1990) y -con razón- se ha dicho que "*en los Estados modernos (del bienestar) los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando sus decisiones de una forma bien conocida. Ésta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? ... Por eso en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico*" (Aarnio, A.; "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico" en Revista Doxa (Nº 8), Alicante, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1990, pág. 26); en idéntica orientación, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán en resolución del 14 de febrero de 1973, sostuvo que las decisiones de los jueces deben "*basarse en argumentaciones racionales*" (citado por Alexy, R., "Teoría de la argumentación jurídica", pág. 19, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).-

Por lo demás, también este Tribunal ha puntualizado insistentemente que esa imprescindible motivación válida de las conclusiones sentenciales en los términos requeridos por el art. 18 de la Constitución Nacional y los citados arts. 125, 405 y 406 del Cód. Proc. Penal -conforme la reiterada interpretación jurisprudencial de esta Sala- «*constituye, respecto del pronunciamiento jurisdiccional, su elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, conformado por las razones derivadas de las pruebas del proceso que expone el tribunal de juicio y de las cuales infiere determinadas conclusiones, demostrando así públicamente que ha valorado los elementos de prueba fundamentales y que los ha evaluado racionalmente de acuerdo a las reglas de la libre convicción, derivando de ellos sus conclusiones y permitiendo, de esa manera, el control lógico y jurídico de esa motivación al que está llamado el tribunal de casación*» (cftr.: S.T.J.E.R., Sala Penal, in rebus: "LOZANO", 2/4/90, L.S. 1990, fº 86; "CABRERA", 30/4/90, L.S. 1990, fº 121; en idéntico sentido: "PATERNOSTRE", L.S. 1991, fº 31; "ROSSET", 26/3/92, L.S. 1992, fº 185; "CARDEZA", 3/5/95, L.S. 1995, fº 47, entre otros).-

III.- Por estas razones, practicado un escrupuloso análisis del acta de debate (fs. 652/662) y del resolutorio puesto en crisis (fs. 663/684vlto.) y confrontándolo con los argumentos casacionistas enarbolados por las defensas técnicas de los encartados Adolfo Roberto Bordón (fs. 690/693) y Carlos Aníbal Maidana (fs. 686/689vlto.), emerge con incontrastable evidencia la presencia de vicios esenciales en la fundamentación del pronunciamiento

sentencial atacado, que son apuntadas por ambos recurrentes y obstan a su validación en esta instancia.-

En efecto, a poco de iniciar la sentenciante lo que denomina "*el análisis de la prueba colectada en la causa*" (cftr.: fs. 676) afirma "*que el hecho está acreditado y que los incursores fueron sus coautores, actuando en la mecánica del hecho dividiendo las tareas entre sí*", agrega que es indubitada la forma de la muerte de Cardozo, la importante cantidad de lesiones que presentaba su cuerpo, e inmediatamente asevera que surge claro del protocolo autopsico que Cardozo "*fue abusado sexualmente antes que los politraumatismos que se le produjeron desencadenaran su muerte*"; señala, también, que las lesiones son compatibles con el accionar de dos personas (cftr.: fs. 676vlt.), que Bordón estuvo la noche del hecho en el lugar -el domicilio de Carlos Alberto Maidana, padre del coimputado-, que con ellos -se refiere a Bordón y Carlos Aníbal Maidana- estaban el padre de Maidana y el occiso como toda compañía y que Cardozo encontró allí su muerte y "*no hubo terceros participando*".-

Sin embargo, la prolija lectura de toda la estructura argumental de la sentencia, más allá de lo estrictamente relacionado con la materialidad del hecho -muerte de Roberto Cardozo-, no exhibe un solo razonamiento derivado de pruebas de la causa susceptible de abonar tales conclusiones que, por tanto, aparecen consignadas como verdades irrefutables en la sentencia, pero sin fundamento alguno que les otorgue un mínimo de sustento motivacional.-

La afirmada participación autoral de los imputados Maidana y Bordón no logra encontrar andamiaje argumental que la demuestre y no explica la sentencia de qué elementos de convicción extrae tal aseveración, al igual que la atribuida mecánica operativa con división de tareas llevada a cabo por éstos, cómo dividieron las tareas, cuáles realizó cada uno y qué hizo concretamente cada uno de los partícipes en el hecho; todo lo cual no aparece debidamente aclarado en el pronunciamiento en examen que omite realizar una detallada reconstrucción circunstanciada de los hechos que finalmente estimó comprobados y calificó jurídicamente como abuso sexual con acceso carnal agravado por el concurso de dos personas y la muerte de la víctima (arts. 119, 3er. párr, inc. **d**, y 124, Cód. Penal).-

Según podría colegirse de lo expresado por los recurrentes, parecería que las autorías de Maidana y de Bordón serían derivadas de la declaración indagatoria que el primero habría prestado en sede instructoria, pero no sólo esa eventual declaración no se verifica oralizada en el debate en la forma y oportunidad expresamente prevista en el art. 384 del Cód. Proc. Penal, sino que tampoco la sentencia la relaciona ni describe ni formula un análisis de los eventuales dichos del imputado en esa ocasión, más allá de la escueta referencia asentada a fs. 680 otorgándole veracidad relativa y genérica relación con la prueba e indicios colectados; esa mención asentada en el fallo no parece, sin embargo, considerar creíble todo lo aparentemente expresado por Maidana, lo

cual no pormenoriza y ello, evidentemente, no alcanza para acceder fundamente a la conclusión incriminante que define.-

Por otra parte, la participación de Bordón en el evento, además de esa fallida referencia a la declaración de su coimputado, aparece únicamente sostenida por la mera circunstancia de su presencia en el lugar, donde también se afirma que estuvieron otras dos personas, una de las cuales excluye de toda sospecha tan apodícticamente como incluye al primero y como afirma que no hubo terceros participando. Es cierto que el tribunal de mérito también ha tenido en consideración, en este aspecto, el "*indicio de sospecha*" (cftr.: fs. 679vlto.) que importaría el hallazgo de ropa quemada en el allanamiento a la morada de Bordón, pero omite toda consideración acerca de los elementos parcialmente quemados que allí se secuestraran y, fundamentalmente, sobre qué sospecha le estaría indicando tal elemento de juicio; extremo que queda citado en la trama argumental de la sentencia sin derivar de él ningún razonamiento explicativo conducente a una concreta conclusión.-

En lo relativo al abuso sexual, tiene por acreditada su materialidad con el protocolo autopsico agregado a fs. 148/154; mas, la propia reseña descriptiva del mismo que efectúa la *a quo* (cftr.: fs. 667, pto. 1-d-1) sólo expresa que éste informa "*que el recto presentaba despulimiento de la mucosa anal en hora 6*" y que "*la lesión de la región anal, efracción de la mucosa en hora seis, fue provocada probablemente por la introducción de algún elemento duro compatible con la penetración de pene humano*"; de ninguna manera emerge de lo informado, y mucho menos con la "claridad" que expresa la sentencia, que la lesión objetivamente constatada en la región anal de la víctima haya sido efectivamente provocada por la penetración de un pene humano y, además, que ella haya sido provocada antes de la muerte de Cardozo. Precisiones éstas que anota la sentencia como conclusiones asertivas, sin contar verdaderamente con el sustento probatorio que concretamente menciona ni con una demostración argumental de la verdad que proclama, adicionándole sólo una vaga referencia a lo aparentemente declarado por Maidana en sede instructoria, sobre lo cual -debo reiterar- no se explaya y tampoco especifica en qué consistiría la relación de esos dichos con la prueba e indicios de autos que lacónicamente enuncia en la ya citada referencia formulada a fs. 680.-

Incorre la sentencia en un confuso examen de los datos que brindarían los dos pantalones verdes, manchados con sangre, que se secuestraran: uno de vestir, que usaba la víctima, y un short, aparentemente utilizado por el imputado Maidana, encontrándose en el primero sangre compatible con el patrón genético de Cardozo -lo cual no aporta nada significativo-, mientras que la sangre también encontrada en el segundo, no fue cotejada con los patrones genéticos de la víctima ni del imputado -lo que aporta menos aún a la elucidación del caso-, aunque celebra la sentenciante como "*claro indicio cargoso en contra de Maidana*" el hallazgo en esa prenda de antígeno prostático específico que -afirma- "*suma a la reconstrucción plausible del cuadro de abuso y ataque, que culmina con Cardozo muerto a golpes*" (cftr.: fs. 679);

no obstante, no explica cómo y por qué se produciría esa adición al cuadro conviccional, toda vez que no expresa qué relación encuentra entre esas circunstancias probatorias y fácticas y cómo incidirían las primeras en la determinación de las segundas, desde que la mera presencia de antígeno prostático específico en la prenda referida no es más que un indicio ampliamente anfibológico, carente de toda univocidad, y apto para las más diversas interpretaciones, más aún si reparamos en que de ese elemento "*no se pudo obtener patrón genético susceptible de ser analizado*" (cftr.: fs. 668vlto., pto. 1-f-4, *in fine*), situación que, frente a la carencia de explicaciones fundantes del pronunciamiento, volatiliza la certeza de la concluyente aseveración sentencial señalada.-

Si bien es cierto que realiza la sentenciante un detallado relato de las pruebas producidas, no se advierte que practique un apropiado análisis de ese complejo cuadro probatorio extrayendo conclusiones por derivación razonada de él, conformando el necesario silogismo sentencial que permita controlar la perfecta correspondencia de dichas conclusiones con las premisas de las cuales descienden y le pueda brindar cimiento argumental que las sostengan y demuestren, porque, como ha señalado Armando S. Andruet (h), "*Una sentencia aunque ontológicamente se encuentre fundada o motivada, pero sin embargo posea en su argumentación severas carencias en la explicación de los motivos que sostienen la justificación, la exposición y mostración de lo que definitivamente resuelve; resultará que fenoménica o existencialmente la misma, será asimilable a una de aquellas que carecen de fundamentación*" (cftr.: aut.cit.; "La motivación de las resoluciones judiciales y su razonabilidad" en Temas de filosofía del derecho, Botero Bernal, A. y Estrada Vélez, S. (comp.), pág. 335/362, Universidad de Medellín, Medellín, 2003).-

IV.- Nos encontramos en la especie precisamente frente a una situación como la descrita y aunque nos ubiquemos en el caso ante un hecho de inusitada crueldad, no podemos -desde nuestra función de estricto respeto y observancia de las garantías constitucionales- resucitar la máxima de Claro: "*en caso de delito atroz, el leve indicio es bastante y el juez puede transgredir el derecho*" (Citada por Díaz Cantón, F., "La motivación de la sentencia penal y otros estudios", pág. 63, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2005): es decir, hacer caso omiso en esos supuestos del inexorable control de legalidad y legitimidad del fallo condenatorio que nos encomienda la Constitución y la ley; cometido que en modo alguno debe ser resignado por el órgano judicial del Estado de Derecho en elemental preservación de los principios básicos esenciales que hacen a su propia existencia.-

En tal contexto, aquellas tan terminantes apreciaciones conclusivas del Tribunal sentenciante no encuentran verdadero sustento fundante en concretas comprobaciones de la causa; sólo constituyen meras hipótesis de probabilidad, no corroboradas por prueba alguna de las enumeradas y valoradas en la sentencia; únicamente aparecen como inferidas de la íntima convicción de aquél, toda vez que no se corresponden con una correcta aplicación de las leyes del pensamiento, constituídas fundamentalmente por las

de coherencia y derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, ya que para ser coherente, la motivación debe ser congruente, no contradictoria e inequívoca, y para ser derivada debe respetar el principio de razón suficiente, constituyéndose el razonamiento por inferencias razonables deducidas de la prueba y de la sucesión de conclusiones que se vayan determinando en el desenvolvimiento del pensamiento con ajuste a los principios de la psicología y de la experiencia común (cftr.: De la RUA, F., "El recurso de casación", págs. 405/6, Ed. Zavalía, Bs.As., 1968) y el Tribunal de casación puede y debe -agrego- controlar si las pruebas valoradas por el Tribunal de mérito son válidas (legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden al recto entendimiento humano (logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescriptas (cfme.: aut.op.cit., pág. 153).-

De acuerdo con estos postulados, todo lo precedentemente señalado en el examen crítico del fallo impugnado pone de relieve con claridad -en mi criterio- que la determinación de extremos fácticos esenciales de la imputación, como los analizados, carece de verdadera y legítima motivación congruente con esas leyes rectoras del pensamiento humano y sus principios derivados, inobservando esencialmente el principio lógico de razón suficiente y emitiendo, por consiguiente, un producto decisorio viciado en la logicidad de su motivación por verse asentado en razones o argumentos sólo aparentes, que no logran estructurar el silogismo sentencial y únicamente permiten construir un mero sofisma por entero inepto para defender lo afirmado en la pretendida determinación de los hechos de la causa.-

V.- Todo ello hace desaparecer la solvencia del soporte fáctico sobre el cual se estructura la decisión condenatoria y, como contrapartida, aparece irremediabilmente configurada la causa legal de nulidad de la sentencia expresamente prevista en el art. 411, inc. 3º, del Cód. Proc. Penal, lo cual, coherente con los argumentos desarrollados en los apartados precedentes de este voto, me lleva inexorablemente a proponer el acogimiento de los recursos de casación deducidos por las defensas de Adolfo Roberto Bordón y Carlos Aníbal Maidana contra la sentencia de fs. 663/684vltº., denunciando *viciosiuris in procedendo* (cfme.: art. 477, inc. 2º, C.P.P.), y la casación del pronunciamiento impugnado, anulándolo en los términos del art. 489 del Cód. Proc. Penal y devolviendo las actuaciones al tribunal de origen a efectos de que, debidamente integrado, se renueven los actos indispensables para el dictado de una nueva sentencia ajustada a derecho y a los lineamientos aquí precisados.-

Así voto.-

La Señora Vocal, **Dra. MIZAWAK**, a la misma cuestión propuesta, dijo:

Adhiero a la solución que propicia el Colega preopinante Dr. Daniel O.Carubia, por sus fundamentos, votando, en consecuencia, en similar forma.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

Sin perjuicio de la postura que, en minoría, he sustentado al expedirme en la cuestión anterior, la solución mayoritaria a la que se arriba en ella me conduce a proponer, en ésta, que las costas sean declaradas de oficio (cfme.: arts. 547, 548 y 549, C.P.P.).-

Así voto.-

El Señor Vocal, **Dr. CARUBIA**, a la cuestión propuesta, dijo:
Adhiero al voto que antecede por análogas consideraciones.-

La Señora Vocal, **Dra. MIZAWAK**, a la cuestión propuesta,
dijo:

Adhiero al voto del Dr. CHIARA DIAZ, cuyos fundamentos comparto.-

No siendo para más, se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente sentencia:

**CARLOS A. CHIARA DIAZ
CLAUDIA MIZAWAK**

SENTENCIA:

PARANA, 11 de octubre de 2011.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) HACER LUGAR a los recursos de casación deducidos a fs. 686/689vlto. y 690/693 por las defensas de **Carlos Aníbal Maidana** y **Adolfo Roberto Bordón** contra la sentencia de fs. 663/684vlto., la que, en consecuencia, **SE CASA**, anulándola en los términos del art. 489 del Cód. Proc. Penal.-

2º) REENVIAR las actuaciones al tribunal de origen a efectos de que, debidamente integrado, se renueven los actos indispensables para el dictado de un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho y a los lineamientos aquí precisados.-

3º) DECLARAR las costas de oficio (arts.547, 548 y ccetes. del CPPER.).-

4º) FIJAR la audiencia del día de la fecha a las 12:45 horas para la lectura íntegra de la sentencia.-

5º) DEJAR constancia que el Dr. **DANIEL O. CARUBIA** no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia -cfme. art.406, in fine, del CPPER.).-

Protocolícese, notifíquese en la forma de estilo y, en estado, bajen con atenta nota de Secretaría.-

**CARLOS CHIARA DÍAZ
CLAUDIA MIZAWAK**

Ante mí: **Rubén A. Chaia - Secretario**
*****ES COPIA*****

Rubén A. Chaia
-Secretario-